

Lic. iur. Kaspar Noser
Rechtsanwalt / Urkundsperson

Waisenhausstrasse 14

9000 St. Gallen

Tel. 071 225 40 90

Fax 071 225 40 99

anwaltsbuero.noser@bluewin.ch

CHE-320.505.262 MWST.

7. September 2015 KN/rn

Gutachten zur Frage:

Ist die Mitgliedschaft des Kantonsspitals Baselland KSBL und der Psychiatrie Baselland PBL in der Wirtschaftskammer Baselland rechtlich zulässig?

1. Einleitung:

Seit 2013 sind das KSBL und die PBL Mitglieder der Wirtschaftskammer Baselland. Gegenstand dieses Gutachtens ist die Frage, ob diese Mitgliedschaft rechtlich zulässig ist. Dabei beschränkt sich die Prüfung auf den Gesichtspunkt der Abstimmungsfreiheit, welche nach der Bundesverfassung und der Verfassung des Kantons Basel-Landschaft gewährleistet sind.

2. Feststellungen:

- 2.1. Die Wirtschaftskammer Baselland ist ein privatrechtlicher Verein. Ihre Mitglieder sind in Baselland ansässige KMU. Gemäss ihrem Vereinszweck setzt sie sich ein für optimale wirtschaftliche, politische und steuerliche Rahmenbedingungen für ihre Mitglieder und beteiligt sich an der politischen Willensbildung bei Wahlen und Abstimmungen. Ihr Organ „Wirtschaftsrat“, das als vereinsinternes Parlament fungiert, nimmt jeweils Stellung zu wirtschaftspolitisch und KMU-politisch relevanten Sachfragen, beschliesst Abstimmungspapieren und gibt Wahlempfehlungen ab. Die Wirtschaftskammer erbringt auch vielfältige Dienstleistungen für ihre Mitglieder. Dieser Umstand ist hier aber nicht von Belang.

Die Ziele und die Tätigkeit der Wirtschaftskammer sind typisch für eine Organisation, welche die Interessen der KMU vertritt und zur Geltung bringt. Sie sind legitim. Sie sind politisch, indem die Wirtschaftskammer bei Wahlen und Abstimmungen, also in politischen Auseinandersetzungen, als Akteurin auftritt, um den Interessen ihrer Mitglieder Geltung zu verschaffen und sich widerstrebenden Interessen wirksam entgegenzustellen.

Rechtsanwälte Steuerberater Urkundspersonen

Jakob Huber lic. oec. HSG/Rechtsanwalt Dorfstrasse 7 8722 Kaltbrunn Tel. 055 293 33 55 Fax 055 293 33 57

Arnold Weber Dr. iur. und lic. oec. HSG/Rechtsanwalt - Marc Weber lic. iur. HSG/Rechtsanwalt -

Pascal Baumgardt lic. iur. HSG/Rechtsanwalt

Waisenhausstrasse 14 9000 St.Gallen Tel. 071 225 40 90 Fax 071 225 40 99

Da die Wirtschaftskammer in mehrfacher Weise zu Gunsten ihrer Mitglieder politisch tätig ist, kann und will sie politisch nicht neutral sein. Zudem ist festzuhalten, dass ihre politischen Bekundungen wie Abstimmungsparolen und ihr konkreter Einsatz mit Personal und Finanzen bei Wahlen und Abstimmungen ihren Mitgliedern zugerechnet werden, auch wenn im einen oder anderen konkreten Fall ein oder mehrere Mitglieder mit einer konkreten Aktivität nicht einverstanden sein sollten. Völlig unmöglich bzw. krass widersprüchlich wäre dafür eine Mitgliedschaft in der Wirtschaftskammer mit dem Vorbehalt eines Mitgliedes, es wolle mit deren politischen Tätigkeit nicht zu tun haben.

- 2.2. Mit dem Spitalgesetz, das der Landrat des Kantons Basel-Landschaft am 17.11.2011 verabschiedete und das in der Volksabstimmung vom 11.3.2012 angenommen wurde, wurden für den Betrieb der kantonalen Spitäler Bruderholz, Liestal und Laufen und für die Kantonale Psychiatrischen Dienste je eine öffentlichrechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit geschaffen. Für sie gilt:
 - 2.2.1. Beide Anstalten, die das Spitalgesetz als „Unternehmen“ bezeichnet, haben eine bedarfsgerechte, zweckmässige und wirtschaftliche Spitalversorgung und weitere Leistungen für die Kantonseinwohnerinnen und Kantonseinwohner zu gewährleisten gemäss dem ihnen in der Spitalliste zugewiesenen Leistungsauftrag; Unter dem Vorbehalt einer entsprechenden Auftragserteilung erbringen sie gemeinwirtschaftliche Leistungen und andere besondere Leistungen. Dazu verweise ich auf die §§ 110 und 111 der Verfassung des Kantons Basel-Landschaft vom 17.5.1984 und auf die §§ 1 und 9 des Spitalgesetzes.
 - 2.2.2. Mit der Schaffung des Unternehmens „Kantonsspital Baselland“ (KSBL) und des Unternehmens „Psychiatrie Baselland“ (PBL) wurden die bisher in der allgemeinen Kantonsverwaltung integrierten Spitäler und Psychiatriedienste ausgegliedert, mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet und damit zu Unternehmen gemacht, die gemäss § 10 Abs. 1 des Spitalgesetzes „in ihrer unternehmerischen Tätigkeit frei (sind), soweit damit die Bestimmungen dieses Gesetzes, insbesondere die Erfüllung der Aufgaben gemäss § 9, Absätze 1 und 2, nicht beeinträchtigt werden.“
 - 2.2.3. Zwar ist mit der Schaffung der Unternehmen KSBL und PBL eine Flexibilisierung der unternehmerischen Tätigkeit angestrebt worden, also besonders der operativen Tätigkeit. Insofern kann mit Fug und Recht von einer gewollten Annäherung an privatwirtschaftliche Standards gesprochen werden. Dies bedeutet aber keinesfalls eine Privatisierung des basellandschaftlichen Spital- und Psychiatriewesens. Als öffentlich-rechtliche Anstalten sind die beiden Unternehmen kantonale Institutionen. Als solche unterstehen sie gemäss § 19 des Spitalgesetzes der Oberaufsicht durch den Landrat und gemäss § 20 der Aufsicht durch den Regierungsrat, wobei dieser unter anderem „die Eigentümerstrategie der Unternehmen“ bestimmt. Damit unterscheiden sich die beiden Unternehmen von privatrechtlich als Einzelfirmen oder als juristische Personen im Sinne des Obligationenrechts organisierte Unternehmen rechtlich in einem wesentlichen Punkt: Sie verfügen über keine umfassende rechtliche Autonomie bei der Willensbildung, bei der Bestimmung der Eigentümer-

strategie und auch beim Rechnungswesen. Ihre Autonomie ist eine Teilautonomie. Dies zeigt sich auch am Umstand, dass sich die beiden Unternehmen, anders als privatrechtlich organisierte Unternehmen, gar nicht durch einen eigenen Willensentschluss auflösen oder neue Tätigkeiten übernehmen und ausüben könnten, welche sich wesentlich von den ihnen gesetzlich übertragenen Tätigkeiten wesentlich unterscheiden würden. Dass die beiden Unternehmen keine privatrechtlichen Einrichtungen sind, ergibt sich auch aus § 18 des Spitalgesetzes, der bestimmt: „Die Unternehmen sind von allen kantonalen und kommunalen Steuern befreit“, und aus § 25 des Spitalgesetzes, der bestimmt: „Letztinstanzliche Verfügungen und Entscheide der Organe der Unternehmen können nach den allgemeinen Bestimmungen über die Verwaltungsrechtspflege beim Kantonsgericht (Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht) angefochten werden.“ Die beiden Unternehmen sind öffentliche Unternehmen des Kantons Baselland, die bestimmte Leistungen im Sinne des Service publique zu erbringen haben.

- 2.3. Am 27.8.2013 gaben das KSBL, die PBL und die Wirtschaftskammer Baselland eine sehr ausführliche gemeinsame Medienmitteilung heraus. Darin gaben sie bekannt, die beiden Unternehmen würden Mitglieder bei der Wirtschaftskammer, was für sie einen weiteren wichtigen Schritt in die Selbständigkeit bedeute. Damit würden sie näher als bisher an die Privatwirtschaft heranrücken, was bei ihrer Grösse für die Wirtschaftskammer eine wichtige Stärkung des Segments der grossen Unternehmen bedeute. Laut der Medienmitteilung äusserte Dieter Völlmin, Verwaltungsratspräsident des KSBL: „Wir wünschen uns eine wirkungsvolle wirtschaftspolitische Interessenvertretung“ (gemeint: durch die Wirtschaftskammer). Über die Mitgliedsbeiträge der beiden Unternehmen steht in der Medienmitteilung folgende Information des Direktors der Wirtschaftskammer, Christoph Buser: „Demnach setzt sich der Mitgliedsbeitrag aus einem Basisbeitrag von 250 Franken und einem variablen Beitrag von 0,4 Promille der Lohnsumme zusammen.“ Weil dieses linear aufgebaute Beitragsmodell bei Grossunternehmen nominal zu hohe Beitragszahlungen ergeben würde, seien die Beitragshöhen mit einem „Cap“ versehen. Beide Unternehmen entrichteten deshalb einen jährlichen Beitrag im tiefen fünfstelligen Bereich, wieviel effektiv, wurde aber nicht gesagt.
- 2.4. Mit ihrem Eintritt in die Wirtschaftskammer Baselland sind die Unternehmen KSBL und PBL Mitglieder der Wirtschaftskammer mit allen Rechten und Pflichten geworden, gleich wie die bisherigen privatrechtlich organisierten Mitglieder. Der Vorgang ist bemerkenswert: Laut der Medienmitteilung vom 27.8.2013 nahmen die die Mitgliedschaft herbeiführenden Personen an, die beiden Unternehmen seien in einer organisatorischen und rechtlichen Verfassung, welche ihre Gleichstellung mit privatrechtlich organisierten Unternehmungen zulasse und ihre Qualifizierung als praktisch privatwirtschaftliche Unternehmen erlaube. Anders gesagt: Um die beiden Unternehmen zu Mitgliedern der Wirtschaftskammer zu machen, wurden deren rechtlichen Besonderheiten nicht gesehen oder negiert oder als unerheblich erachtet, was hier auf dasselbe hinausläuft, nämlich: Die Mitgliedschaft der beiden Unternehmen in der Wirtschaftskammer sei unproblematisch und rechtlich zulässig. Dies aber trifft nicht zu.

3. Rechtliches:

3.1. Die Wirtschaftskammer ist direkt politisch tätig zu Gunsten ihrer Mitglieder und im Einvernehmen mit ihnen. Seit 2013 werden auch die Unternehmen KSBL und PBL als Mitglieder der Wirtschaftskammer in deren politische Betätigung einbezogen und unterstützen diese materiell durch ihre namhaften, aber nicht öffentlich bezifferten Mitgliederbeiträge. Damit drängt sich die Frage auf, ob die politische Betätigung der beiden Unternehmen kraft ihrer Mitgliedschaft bei der Wirtschaftskammer mit der grundrechtlich garantierten Abstimmungsfreiheit vereinbar ist. Denn ihre Mitgliedschaft ändert an ihrem Status als öffentlichrechtliche Unternehmen nichts.

3.2. Gemäss Art. 34 der Bundesverfassung gilt:

Abs. 1: „Die politischen Rechte sind gewährleistet.“

Abs. 2: Die Garantie der politischen Rechte schützt die freie Willensbildung und die unverfälschte Stimmabgabe.“

Die inhaltlich gleiche Garantie enthält auch die Verfassung des Kantons Basel-Landschaft

in § 21 Abs. 1: „Das Stimmrecht ist gewährleistet.“

und

in § 22 Abs. 2: „Jeder Stimmberechtigte hat Anspruch darauf, dass bei Wahlen und Abstimmungen der freie Wille der Gesamtheit der Stimmberechtigten zuverlässig und unverfälscht zum Ausdruck gelangen kann.“

Diese Bestimmung garantieren die Abstimmungsfreiheit, die das Bundesgericht in seinem Entscheid BGE 140 I 338 ff. unter Bekräftigung seiner jahrzehntelangen Rechtsprechung wie folgt definiert hat:

„Die in der Bundesverfassung verankerte Garantie der politischen Rechte (Art. 34 Abs. 1 BV) schützt die freie Willensbildung und die unverfälschte Stimmabgabe (Art. 34 Abs. 2 BV). Geschützt wird namentlich das Recht der aktiv Stimmberechtigten, weder bei der Bildung noch bei der Äusserung des politischen Willens unter Druck gesetzt oder in unzulässiger Weise beeinflusst zu werden (BGE 130 I 290 E. 3.1; 129 I 185 E.5 S.192). Sie sollen ihre politische Entscheidung gestützt auf einen gesetzeskonformen sowie möglichst freien und umfassenden Prozess der Meinungsbildung treffen können (BGE 121 I 138 E.3 S.141 mit Hinweisen). Die Abstimmungsfreiheit gewährleistet die für den demokratischen Prozess und die Legitimität direktdemokratischer Entscheidungen erforderliche Offenheit der Auseinandersetzung (vgl. BGE 138 I 61 E.6.2 S. 82; 135 I 292 E. 2 S. 293; je mit Hinweisen). - Aus Art. 34 Abs. 2 BV wird namentlich eine Verpflichtung der Behörde auf korrekte und zurückhaltende Information im Vorfeld von Abstimmungen abgeleitet (vgl. BGE 129 I 232 E. 4.2.1 S. 244; 121 I 138 E. 3 S. 141 f.; je mit Hinweisen). Diese unterliegen den Geboten der Sachlichkeit, der Transparenz und der Verhältnismässigkeit. Behördliche Informationen müssen geeignet sein, zur offenen Meinungsbildung beizutragen, und dürfen nicht in dominanter und unverhältnismässiger Art im Sinne eigentlicher Propaganda eine freie Willensbildung der Stimmberechtigten erschweren oder geradezu

verunmöglichen (BGE 138 I 61 S. 82 f.; Urteil 1C_412/2007 vom 18. Juli 2008 E. 6, in: ZBI111/210 S. 507 mit Hinweisen zu Literatur und Rechtsprechung).

Verpflichtet, sich an diese Regeln zu halten und sich somit grundsätzlich bei Abstimmungen und Wahlen politisch neutral zu verhalten, ist das jeweilige Gemeinwesen (Bund, Kanton oder Gemeinde), in erster Linie also ihren Behörden, also Bundesrat bzw. Regierungsrat bzw. Gemeinderat. Gestattet ist ihnen zusätzlich zur Abstimmungsbotschaft eine Stellungnahme im Einzelfall bei einer besonderen Betroffenheit durch den Abstimmungsgegenstand. Die grundsätzlich zur politischen Neutralität verpflichtete Behörde darf auch nicht indirekt und/oder versteckt Einfluss auf eine Abstimmung oder eine Wahl nehmen, sei es durch Unterstützung von Befürwortern oder Gegnern einer Abstimmungsvorlage oder durch den Einsatz von öffentlichen Mitteln. Gänzlich untersagt ist Wahlhilfe.

- 3.3. Der Kreis der zur politischen Neutralität Verpflichteten beschränkt sich nicht auf die Exekutiven im klassischen Sinne (Bundes-, Regierungs- und Gemeinderäte), sondern umfasst sämtliche staatlichen Organisationen und Funktionäre. Dazu hat das Bundesgericht in seinem Urteil 1 P.141/1994 vom 26.5.1995, publiziert im Schweizerischen Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung ZBI 5/1996, S. 233 ff., ausgeführt:

„Die Frage, welche Stellung öffentlichen oder gemischtwirtschaftlichen Unternehmen in einem Abstimmungskampf zukommt, hatte das Bundesgericht bisher erst einmal zu beurteilen (ZBI 94/1993, 119). Nach einer Auseinandersetzung mit der Doktrin und den in der Rechtsprechung vorhandenen spärlichen Lösungsansätzen hat es dafür folgende Grundsätze aufgestellt (a.a.O. Erw. 3a - c): Öffentliche Unternehmen haben sich, unabhängig davon, wie sie juristisch ausgestaltet sind, grundsätzlich politisch neutral zu verhalten und dürfen nicht anlässlich irgendeiner Volksbefragung in den Abstimmungskampf eingreifen. Im Einzelfall dürfen sie allenfalls dann Stellungnahmen abgeben, wenn sie besonders betroffen sind. Das trifft insbesondere dort zu, wo das Unternehmen in der Umsetzung seines (gesetzlichen oder statutarischen) Auftrags betroffen ist, seine wirtschaftlichen Interessen vertritt und somit ähnlich einem Privaten berührt ist.“

Aber auch in einem solchen Falle, so das Bundesgericht weiter,

„kann sich das Unternehmen grundsätzlich der auch sonst im Abstimmungskampf verwendeten Informationsmittel bedienen, doch muss es sich jedenfalls einer gewissen Zurückhaltung befleißigen. Es hat seine Interessen in objektiver und sachlicher Weise zu vertreten und darf sich keiner verpönten oder verwerflichen Mittel bedienen. Dazu gehört auch, dass nicht mit unverhältnismässigem Einsatz öffentlicher (z.B. durch die Ausnützung von rechtlichen oder faktischen Monopolen und Zwangstarifen erwirtschafteter) Mittel in den Abstimmungskampf eingegriffen wird. Die gebotene Zurückhaltung beurteilt sich damit in ähnlicher Weise, wie sie dem untergeordneten Gemeinwesen aufgegeben ist, wenn dieses ausnahmsweise in besonderer Weise betroffen und daher zur Intervention berechtigt ist (vgl. BGE 116 Ia 466 Erw. 4; 108 Ia 155 Erw. 5b).“

Schliesslich hat das Bundesgericht ausgeführt:

„Die Verpflichtung zur politischen Neutralität trifft ausser dem Gemeinwesen auch diejenigen öffentlichen oder gemischtwirtschaftlichen Unternehmen, die von ihm beherrscht sind (...[Hinweise auf jur. Literatur]). Gleichgültig ist dabei die Organisationsform, in der das Unternehmen auftritt. Es genügt, dass es direkt oder indirekt unter so bestimmendem Einfluss des Gemeinwesens steht, dass diesem die Stellungnahme des Unternehmens im Abstimmungskampf zugerechnet werden.“

Aufgrund dieses Bundesgerichtsurteils, welches die Bernische Kraftwerke AG als gemischtwirtschaftliches Unternehmen des Kantons Bern zur politischen Neutralität verpflichtet hat, kann es keinem vernünftigen Zweifel unterliegen, dass auch die als öffentlichrechtliche Anstalten konzipierte Unternehmen KSBL und PBL sich politisch neutral zu verhalten haben in Wahlen und Abstimmungen, gleich wie der Regierungsrat, abgesehen von besonderen Konstellationen, welche sie aktuell und direkt betreffen. Jedenfalls ist aufgrund der Vorgaben des Bundesgerichtes eine politische Betätigung der Unternehmen qua Mitgliedschaft in der Wirtschaftskammer bei Wahlen und Abstimmungen ohne aktuelle und besondere eigene Betroffenheit nicht zulässig. Damit erweist sich ihre Mitgliedschaft selber als rechtlich unhaltbar, weil, wie oben ausgeführt, eine Aufspaltung der Mitgliedschaft in einerseits politische und andererseits unpolitische Aspekte gar nicht möglich ist.

- 3.4. Im oben zitierten BGE 140 I 338 (SWICA-Fall betreffend Einheitskasse) hat das Bundesgericht den vorerwähnten BKW-Entscheid bestätigt und bekräftigt und seine Rechtsprechung zur politischen Neutralität neu ausgedehnt auf die Krankenversicherungen, soweit diese (in der Grundversicherung) staatliche Aufgaben wahrnehmen und damit als Organe der mittelbaren staatlichen Verwaltung, d.h. als Behörden, handeln. Dies rechtfertigt es grundsätzlich, sie den Regeln über behördliche Interventionen im Wahl- und Abstimmungskampf zu unterstellen, wobei auch ihnen das Recht zu sachlichen Interventionen in besonderen Einzelfällen zuzugestehen sei. Auch dieses Bundesgerichtsurteil bedeutet für die Unternehmen KSBL und PBL, sich grundsätzlich politisch neutral zu verhalten. Das aber tun sie nicht, wenn sie als Mitglieder der Wirtschaftskammer zwar indirekt, aber immerhin an Wahl- und Abstimmungskämpfen teilnehmen und zur Finanzierung solcher Kämpfe beitragen.
- 3.5. Über die Mitgliedschaft öffentlicher Unternehmen in privatrechtlichen Organisationen im Hinblick auf die politische Neutralität gibt es wenig juristische Literatur und, soweit ich habe feststellen können, keine genau diesen Punkt betreffenden Gerichtsurteile. Stephan Widmer, Wahl- und Abstimmungsfreiheit, 1989, schreibt auf Seite 213, oft sei für die Stimmberechtigten nicht erkennbar, wie es sich bei öffentlichen Unternehmen, welche in den Abstimmungskampf eingreifen, tatsächlich verhalte, und: „In vermehrtem Ausmass trifft dies zu, wenn sich öffentliche Unternehmen... in privatrechtlichen Verbänden zusammenschliessen und die Abstimmungswerbung von einer privaten Organisation durchführen lassen.“ Zwar hat das Bundesgericht im BGE 140 I 338 diese Äusserung zur Kenntnis genommen, sich mit ihr aber nicht

vertieft auseinandergesetzt, offensichtlich deshalb nicht, weil die Frage nicht zu entscheiden war.

- 3.6. Schliesslich weise ich noch hin auf den Aufsatz von Andreas Kley-Struller, Beeinträchtigung der Wahl- und Abstimmungsfreiheit durch Dritte (einschliesslich öffentliche Unternehmungen), publiziert in: AJP 3/96, S. 286 ff. Kley führt unter dem Titel „Interventionen von öffentlichen Unternehmen“ aus:
- „Die Frage, ob und wieweit öffentliche Unternehmen in den Abstimmungskampf eingreifen dürfen, beurteilt sich grundsätzlich nach denselben Regeln, die für Behörden gelten. Dies bedeutet, dass die öffentlichen Unternehmen ebenfalls an die politische Neutralität gebunden sind. Denn es kann keine Rolle spielen, in welcher Rechtsform der Staat in den Abstimmungskampf eingreift. Der Staat kann nämlich über seine Organe oder über von ihm abhängige Unternehmen und Rechtsgebilde handeln. Die gewählte Rechtsform der öffentlichen Unternehmung hat keinen Einfluss darauf, ob ihr Verhalten dem Staat zugeschrieben werden kann. Es kann sich demnach um ein Unternehmen in der Form einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft, Anstalt und Stiftung oder um ein privatrechtlich organisiertes Gebilde handeln. Entscheidend ist allein, dass es sich um ein staatlich beherrschtes Unternehmen handelt. Dies ist bei gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen der Fall, wenn ein oder mehrere Gemeinwesen zusammen einen beherrschenden Einfluss ausüben oder wirtschaftlich als Eigentümer des Unternehmens anzusehen sind. Unerheblich ist ebenfalls, ob die im Abstimmungskampf eingesetzten Mittel direkt aus Abgaben oder aber aus Erwirtschaftetem herrühren.“

4. **Ergebnis:**

Aufgrund der Rechtslage gemäss der Bundes- und der Kantonsverfassung, der einschlägigen Judikatur und der juristischen Literatur ergibt sich:

- Die Unternehmen KSBL und PBL sind staatliche Unternehmen und als solche zur politischen Neutralität verpflichtet.
- Sie sind nur in besonderen Ausnahmefällen, welche zurzeit weder vorliegen noch absehbar sind, zu politischen Interventionen befugt.
- Solche Interventionen haben in jedem Fall den Geboten der Zurückhaltung, Sachlichkeit und Transparenz zu entsprechen und dürfen keine Propaganda sein.
- Die Mitgliedschaft der beiden Unternehmen in der Wirtschaftskammer verträgt sich rechtlich nicht mit dem ihnen obliegenden Gebot der politischen Neutralität, weil die Wirtschaftskammer immer wieder politisch aktiv wird entsprechend ihrem Vereinszweck, wobei sie in der Wahl der Mittel weitgehend frei ist und auch indirekt bzw. verdeckt Propaganda betreiben darf.
- Die Unternehmen verletzen ihre Pflicht, sich politisch neutral zu verhalten, besonders auch durch Nichtbeachtung des Transparenzgebotes.